

# UNIVERSIDAD DE OVIEDO

## ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO: CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Curso 2015/2016

Facultad de Derecho

*ALUMNA: MARTA ALONSO CARPINTERO*

*TUTOR: JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ*

## **A MODO DE INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y METODOLOGÍA**

El presente trabajo se centra en el estudio de las cuestiones más controvertidas que suelen presentarse en los procedimientos de modificación de medidas, siendo una cuestión que está a la orden del día, dado su elevado crecimiento en los Juzgados de Familia tras la crisis económica. La justificación del tema reside en el hecho de que durante las prácticas en el Despacho Veritas, fue uno de los temas que con más frecuencia traté.

Como se colige de la presente memoria, la misma es fruto de los conocimientos adquiridos durante las prácticas y un minucioso análisis jurisprudencial, si bien también, pero en menor medida, de manuales teóricos.

# ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO: CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

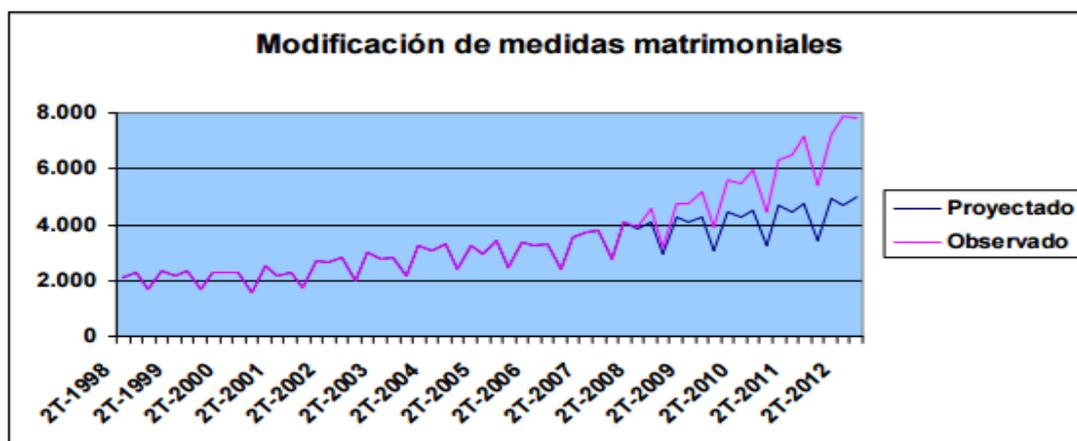
<b>I. PRINCIPALES CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO QUE SUSCITAN LAS MODIFICACIONES DE MEDIDAS. ....</b>	<b>4</b>
a) <b>Modificación y actualización de las pensiones de alimentos .....</b>	<b>4</b>
b) <b>Consecuencias jurídicas por el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos .....</b>	<b>8</b>
c) <b>Aplicación del artículo 96 CC: atribución del uso de la vivienda familiar</b>	<b>10</b>
d) <b>Modificación del régimen de visitas y su incumplimiento por la vía civil tras la reforma del CP .....</b>	<b>14</b>
e) <b>Modificación de la guarda y custodia.....</b>	<b>19</b>
f) <b>Modificación en cuanto a la patria potestad. Diferencias y efectos esenciales entre suspensión y privación .....</b>	<b>23</b>
g) <b>Pensión compensatoria por tiempo “indefinido” y limitación temporal de la misma .....</b>	<b>27</b>
<b>II. PRINCIPALES CUESTIONES PROCESALES QUE SUSCITAN LAS MODIFICACIONES DE MEDIDAS. ....</b>	<b>31</b>
a) <b>Carácter del procedimiento y sus consecuencias competenciales: como incidente del proceso principal o como proceso autónomo .....</b>	<b>31</b>
b) <b>Cuestiones excluidas del procedimiento de modificación de medidas... 33</b>	<b>33</b>
<b>III. ANÁLISIS DE UN SUPUESTO PRÁCTICO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS .....</b>	<b>34</b>
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>39</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>41</b>
<b>VI. JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>41</b>

## I. PRINCIPALES CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO QUE SUSCITAN LAS MODIFICACIONES DE MEDIDAS.

### a) Modificación y actualización de las pensiones de alimentos

Antes de entrar de lleno en el estudio del tema y su aplicación práctica, hay que realizar una breve reflexión sobre el verdadero sentido de la fijación de la pensión de alimentos. A la vista de la experiencia práctica, si hay algo que he visto con mayor frecuencia en temas de familia, son las modificaciones de medidas que giran en torno a las pensiones de alimentos, entre otras. Y es que, hay que tener en cuenta el panorama nacional tras la crisis económica y la tasa de paro laboral, lo cual ha tenido una repercusión en este campo que se plasma en el elevado crecimiento en los Juzgados de familia de este tipo de procedimientos.

	2008	2009	2010	2011	2012 1S
Proyectado	15.176	15.930	16.722	17.553	9.664
Observado	16.378	19.397	22.186	26.241	15.700
Observado - proyectado	1.202	3.467	5.464	8.688	6.036
% de desviación respecto a lo proyectado	7,9%	21,8%	32,7%	49,5%	62,5%



1

<sup>1</sup> CGPJ. Boletín Informativo Estadística N°31, septiembre 2012. *Estimación del incremento de la carga de los órganos judiciales atribuida a la crisis económica.*

Como se colige tanto de la tabla como de la gráfica que publicó el CGPJ ya en el mes de septiembre de 2012, siendo estos datos los últimos publicados en la materia por el CGPJ hasta ahora, el crecimiento de estos procedimientos es patente.

El párrafo penúltimo del artículo 90.3 del CC. así como el último del artículo 91 establecen la posibilidad de modificar judicialmente las medidas definitivas adoptadas previamente en una sentencia anterior, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias del obligado a cumplirlas. Son varias las dudas que se plantean en la aplicación práctica... ¿Afecta el cobro de una herencia? ¿Y la finalización de una relación laboral?

El Código Civil establece que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Pero actualmente no existen criterios obligatorios a seguir por los Juzgados de familia para establecer la cuantía, sino que habrá que examinar el caso concreto y valorar las posibilidades económicas del progenitor y las necesidades del menor.

Existe una pensión mínima o de subsistencia, que es la cantidad considerada como indispensable para cubrir unos alimentos de manera vital o suficiente para el menor o menores.

Aunque hay que atender a lo que fijó el TS como doctrina jurisprudencial al respecto en sus sentencias de 19 de enero de 2015<sup>2</sup>, 12 de febrero de 2015<sup>3</sup> y de 2 de marzo de 2015<sup>4</sup>, estipulando que procederá la suspensión del pago de los alimentos cuando los progenitores estén en situación de carencia de medios y recursos económicos, siempre y cuando tenga un carácter muy restringido y excepcional en cuanto que deba ser una situación de auténtica insolvencia económica o pobreza absoluta. Asimismo, se exige que tenga carácter temporal, y una vez obtenga ingreso alguno, entonces habrá que instar la correspondiente modificación de medidas para fijar el mínimo vital.

Cuando existe algún tipo de alteración en la capacidad económica del progenitor no custodio, como es en los casos en los que tal alteración haya supuesto ingresos muy bajos, como mucho se podrá reducir la cuantía, sin perjuicio de lo que el TS ha fijado como

---

<sup>2</sup> Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil). Sentencia núm.703/2014, de 19 de enero de 2015 (ROJ 427/2015)

<sup>3</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 55/2015, de 12 de febrero de 2015 (ROJ 439/2015)

<sup>4</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 735/2014, de 2 marzo de 2015 (ROJ 568/2015)

doctrina jurisprudencial y a lo que se acaba de hacer mención. Para estos casos, existen una serie de criterios determinantes para la reducción de la cuantía:

-La disminución de ingresos debe ser de cierta entidad, hasta tal punto de justificar la necesidad de la reducción.

-La disminución de ingresos debe haberse originado con posterioridad a la fecha de la sentencia de separación o divorcio que fijó la cuantía que ahora se pretende modificar.

-La disminución de los ingresos que produce un empeoramiento en la capacidad económica del alimentante debe ser continuada en el tiempo, en tanto en cuanto sea estable, sin que existan perspectivas de mejoría a corto plazo.

-Debe haber pasado un tiempo prudencial desde la firmeza de la sentencia y la demanda de modificación de medidas para la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos.

En estos casos, conviene recalcar una vez más, que el mero hecho de haber empeorado la capacidad económica así como cumplir los requisitos, no supone la extinción o suspensión temporal de la obligación de pagar tal pensión, salvo en los casos en los que es totalmente imposible hacer frente al pago de la pensión, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, se establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de DDHH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En consecuencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York expresamente impone que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual. Sin embargo, para estos casos, cierto es que al reducirse el importe de la cuantía, también se reducen las eventuales consecuencias penales por la imposibilidad de su incumplimiento, sin perjuicio todo ello de que el progenitor no custodio en un futuro percibiera ingreso alguno con el que pudiera hacer frente al pago de la pensión con la correspondiente demanda de modificación de medidas, siendo éste otro caso más de alteración sustancial.

A modo de inciso, cabe destacar la creación de “El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos”, creado por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, y regulado por el Real

Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, que tiene como finalidad garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados fijados en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo, siendo imprescindible, entre otros requisitos, que la resolución en la que se reconozcan los alimentos haya sido dictada por Tribunales españoles.

Es variada la casuística que se puede dar en la práctica, pues puede ser desde un aumento de los gastos del progenitor obligado al pago de la pensión, por nuevo matrimonio de éste, por nacimiento de nuevos hijos, por haber mejorado sustancialmente la capacidad económica del progenitor custodio... Pero en cualquier caso, lo importante es que la petición de la modificación de la cuantía de la pensión tiene que estar basada en el mero hecho de que la situación al momento de la sentencia de divorcio ha cambiado sustancialmente en comparación con la existente en el momento en el que se pretende alterar la cuantía, pues en caso contrario, entiendo que existe un efecto negativo en cuanto a la cosa juzgada, y por tanto, no prosperando la demanda de modificación de medidas que se insta. Ese carácter de “sustancial” que debe darse en todo momento para calificar el cambio de circunstancias que sirva de fundamento a la demanda, viene estipulado en el artículo 90 y 91 del CC.

Sin embargo, las modificaciones de estas pensiones no sólo pueden ser debidas a las alteraciones en las necesidades del menor o en la capacidad económica de los progenitores, sino también en el momento de su actualización. Es errónea la creencia de que siempre se deberán actualizar conforme al IPC, pues ¿Qué ocurre en los casos en los que las variaciones del IPC resulta negativo? Normalmente el IPC venía siendo un dato positivo, por lo que la actualización de las pensiones conforme a este baremo suponía un ligero incremento. Sin embargo, la problemática se presenta en aquellos casos en los que el IPC experimenta una variación negativa que afecta a la actualización de las pensiones. Y es que pueden ser varios los supuestos que se den en la práctica. En primer lugar, aquellos en los que el Convenio regulador o la sentencia establecen que la actualización de las pensiones conforme a las variaciones del IPC, siendo este supuesto el más habitual. Para este caso, en principio, no presenta mayor problema, pues abarcaría tanto las revisiones al alza como a la baja, de conformidad, en parte, con lo dispuesto en el artículo 18 de la LOPJ, el cual dispone que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos.

Por lo tanto, entiendo que si lo que se pretende a través del procedimiento de la modificación de medidas, para este supuesto concreto, es que se actualice la pensión conforme a otro baremo diferente a las variaciones del IPC, que expresamente se pactaron en convenio aprobado por el Juez o directamente sentencia que así lo fijara, se estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 18 de la citada ley. Por lo tanto, lo ideal es fijar en el convenio regulador que únicamente se actualizará la pensión conforme al alza, es decir, cuando el IPC sea positivo.

Las bases de actualización existentes son más amplias, y las partes pueden establecer en el convenio qué criterios seguir para la actualización de la pensión, si bien la más extendida es el IPC. Otros criterios a seguir que sirvan como bases de actualización son, por ejemplo, la subida que experimente el salario del obligado al pago, o incluso las variaciones recogidas en los convenios colectivos.

#### **b) Consecuencias jurídicas por el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos**

Necesariamente deberemos de partir del artículo 227 CP, el cual dispone que ante el incumplimiento en el pago de la pensión de alimentos durante dos meses consecutivos o cuatro alternativos, se le impondrá una pena de prisión de tres meses a un año, o multa de seis a veinticuatro meses.

A diferencia de lo que ocurre en el incumplimiento del régimen de visitas, que precisamente tras la reforma, se ha minorado considerablemente su reproche penal, y está destipificado como delito, sin perjuicio de que no acatar el régimen de visitas dictado por una resolución judicial pueda suponer un delito de desobediencia, en el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos existe una recriminación penal férrea.

En la práctica, los requerimientos para que proceda al pago de la pensión resultan infructuosos, viéndose obligada la parte contraria a denunciarlo. Y entonces será cuando haya que interponer la correspondiente denuncia. Sin embargo, la responsabilidad penal que impone el artículo 227 del CP a quien no ha venido cumpliendo tal obligación, no se refiere únicamente al incumplimiento total y absoluto, sino también a aquellos casos en los que se viene abonando la pensión de forma parcial, sin cumplir en sus propios términos la resolución que acordó tal medida. Por eso, es muy importante que en aquellos casos, en los que no se pueda hacer frente a las pensiones de alimentos, y no que no se

quiera, es preciso instar inmediatamente una modificación de medidas, pero siempre ante la imposibilidad de venir pagando la cantidad fijada, y no por la mera voluntad del obligado a no venir abonándola sin justa causa.

Por tanto, el hecho de que venga abonando parcialmente la pensión, puede dar lugar a la responsabilidad penal que impone el citado precepto. Pero habrá que tener en cuenta, por un lado, que los impagos que se vengán haciendo deban ser relevantes. Y por otro lado, como ya se ha dicho, resulta imprescindible que el incumplimiento sea debido a una imposibilidad de hacer frente al pago, y no de forma voluntaria, en definitiva, que no sea una conducta dolosa.

El hecho de no haber instado la correspondiente modificación, resulta cuando menos temerario si se inicia un procedimiento penal referente al impago de alimentos, pues únicamente el juez absolverá en los casos en los que quede probado la falta de capacidad económica para afrontar la totalidad de la cuantía en concepto de pensión de alimentos, algo que no es tarea fácil de probar. Son bastantes los casos en los que el tribunal entiende que no se acredita la disminución de ingresos, y por tanto, no hay absolución. Sin embargo, para minorar la responsabilidad penal, sí conviene el pago de las cantidades por el acusado antes de la celebración de la vista, pues como es sabido, la reparación del daño, atenúa la responsabilidad.

Pero al margen de lo anterior, si algo está claro, es que ya sea la multa o prisión que le imponga, es independiente de la obligación que recae en el condenado de pagar los alimentos, al menos, desde la interposición de la denuncia hasta la tramitación del juicio, por lo que, ante el incumplimiento en el pago, resulta conveniente interponer la denuncia lo antes posible si puede encajar en la tipicidad penal que fija el artículo 227 CP. Además de todas las consecuencias jurídicas en cuanto a responsabilidad penal que despliega el impago de la pensión de alimentos, tiene una incidencia igual de importante en el ámbito de los antecedentes penales.

Como ya se ha puesto de manifiesto, tiene dos posibilidades el delito del artículo 227, bien prisión de tres meses a un año, o según corresponda, multa de seis a veinticuatro meses, por lo que se deberá tener en cuenta la pena impuesta, en su caso, para la cancelación a efectos de antecedentes penales.

En el caso de haberse impuesto una multa, deberá tenerse en cuenta la duración de la misma impuesta en sentencia. Pues, si por ejemplo, la multa que se le impone es superior

a dos meses (recordemos que en abstracto es de seis a veinticuatro), hasta doce meses, el plazo de cancelación será de dos años contados a partir del cumplimiento.

Si el tribunal considera más grave el incumplimiento del impago de la pensión de alimentos, y lleva aparejada una multa superior a doce meses, entonces será de tres años el plazo de cancelación, también contados desde el cumplimiento.

La última reforma del CP no afecta a esta materia, ni siquiera en lo que concierne a la cancelación de antecedentes penales en caso de que la sentencia no fuera absolutoria, pues únicamente aumenta el plazo de cancelación de cinco a diez años para las penas graves, no siendo este el caso.

Por otro lado, si la sentencia impone prisión, la pena en abstracto que fija el artículo 227 CP es de tres meses a un año, por lo que se trata de una pena considerada menos grave, que supone para la cancelación un plazo de dos años.

Como se colige, supone una repercusión penal, al margen de la obligación de pagar todos los atrasos. Y es que, la reforma del CP, no ha supuesto un cambio de tipicidad en este caso, a diferencia de lo que ocurre con el incumplimiento del régimen de visitas, en cuyo caso corresponderá, en principio, la vía civil.

#### **c) Aplicación del artículo 96 CC: atribución del uso de la vivienda familiar**

Son varios los supuestos que se pueden dar en la práctica, pero habrá que diferenciar tres fundamentales:

- Cuando hay hijos menores de edad
- Cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad o son mayores de edad
- Cuando no hay hijos

En cuanto a los dos primeros supuestos, el precepto en cuestión es claro, pues en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar de los objetos del uso ordinario de ella corresponde a los hijos y al progenitor custodio, incluso cuando la vivienda familiar tenga carácter privativo del cónyuge no custodio. Cuando los hijos quedan en compañía de uno y otro progenitor, será el juez quien decida lo procedente. Pero la práctica presenta mayores problemas a la hora de establecer el uso de la vivienda familiar, y es merecedor de un análisis minucioso, atendiendo a una

clasificación en cuanto a la posible casuística que se suele plantear, de forma general, pues resultaría imposible analizar cada caso concreto al ser las posibilidades infinitas.

Cabe hacer una especial mención a las prácticas de las Audiencias Provinciales, en especial, la de Valladolid, que aplicaba un criterio temporal al uso de la vivienda aun habiendo hijos menores de edad. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015<sup>5</sup>, revocó la sentencia dictada por la AP de Valladolid, en la que se limitaba de forma temporal el uso de la vivienda familiar por el menor y el progenitor custodio cuya finalidad principal era la de preservar los derechos del progenitor no custodio. Pero el TS fue claro al respecto, anulando dicha sentencia, y estipulando respecto al artículo 96 CC. Que: *“Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”*

Lo mismo ocurrió con la sentencia que dictó la AP de Las Palmas, en la que se estipulaba una limitación temporal en el uso de la vivienda familiar al hijo y progenitor custodio por 3 años, en tanto en cuanto no se liquidara la sociedad de gananciales. Y de igual modo, el TS el 21 de junio de 2011<sup>6</sup>, revoca dicha sentencia, alegando que el mero hecho de atribuir la vivienda familiar al menor es debido a la supremacía del interés de éste, sin que pueda ser limitada por el juez, como hizo la AP de Las Palmas al limitar tal derecho por 3 años. Pero esta problemática se ha presentado en numerosas ocasiones, y el TS ha venido reiterando sus criterios en varias sentencias, tales como la del 13 de julio de 2012 (RJ 2011/8358), o la de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013/7255). Por lo tanto, el TS deja claro que no puede existir limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar, pues ello supondría contravenir la protección del interés del menor.

---

<sup>5</sup> Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2015 (ROJ 1951/2015)

<sup>6</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 451/2011 de 21 de junio de 2011 (ROJ 3985/2011)

En relación a la custodia compartida, la Sala de lo Civil del TS, de fecha 24 de octubre de 2014 (REC. 2119/2013), establece que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar cuando se fija custodia compartida sobre los hijos menores, habrá de hacerse de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 96 CC, que regula el supuesto en el existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y unos bajo el otro, lo que permite al juez resolver lo que proceda.

En cualquier caso, y como señalada la STS de 17 de junio de 2013<sup>7</sup>, el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guardia y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporcionaba la vivienda familiar sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

Mayor problemática presentan los supuestos en los que una vez extinguido el vínculo matrimonial existen hijos mayores de edad, o bien, han alcanzado la mayoría de edad con posterioridad a la sentencia de divorcio, para lo que habría que instar una modificación de medidas, si corresponde, y será lo que analizaremos a continuación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011<sup>8</sup>, fija como doctrina jurisprudencial, respecto de los supuestos en los que los hijos a los que se les atribuyó el uso de la vivienda, alcanzan la mayoría de edad, que habrá que atenerse a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 96 del CC., el cual permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Parece haber, de entrada, una clara diferencia entre los supuestos en los que el hijo es menor de edad, y cuando

---

<sup>7</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 282/2015 de 17 de junio de 2013 (ROJ 1951/2015)

<sup>8</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 (ROJ 6237/2011)

alcanza la mayoría de edad, pues en este último caso, sí puede establecerse una limitación temporal, a diferencia de lo que ocurría respecto al primero de los supuestos.

En la misma línea, y más recientemente, el Alto Tribunal, en su sentencia de 29 de mayo de 2015 (REC 66/2014), reitera como doctrina en el fallo que “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

En los supuestos en los que los hijos alcanzan la mayoría de edad, es lógico pensar que ya no primará el interés del menor, puesto que ya no lo es, de forma que los criterios que se establecen son diferentes. Puede entenderse que la mayoría de edad de los hijos provoca la extinción del criterio de atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio e hijo, y extingue su automaticidad. Por lo que ahora, se establece un criterio diferente, que según lo que estipula el artículo 96, es el interés más necesitado de protección, aunque es un concepto jurídico un tanto indeterminado.

Por último, en los supuestos en los que no hay hijos, el propio artículo 96 establece: *“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*.

En estos casos, habrá que estudiar minuciosamente la naturaleza de la vivienda familiar. Vuelve a establecerse en estos casos la posibilidad de fijar una limitación temporal en su uso. Sin embargo, ¿Qué ocurre si la vivienda es propiedad indivisa de ambos? ¿Y si existen dudas acerca de la titularidad de la vivienda? El criterio que viene aplicándose en la práctica para dilucidar las posibles dudas que se pudieran plantear es el interés más necesitado de protección.

De forma generalizada, la vivienda en cuestión corresponderá lógicamente a su titular en el momento de la disolución del matrimonio, si bien a la par opera la necesidad de protección, en este caso, del cónyuge no titular. Por poner algún ejemplo, puede primar la necesidad de atribución de la vivienda familiar a quien no es titular de la misma en casos de enfermedad, salud, incapacidad para trabajar, insuficiencia de medios económicos para acceder a otra vivienda, indisposición de otra vivienda que no sea la

familiar... Podría entenderse que estas circunstancias justifican el hecho de que ese progenitor sea el más necesitado, y a quien deba atribuirse el uso y disfrute de la vivienda familiar, aun cuando no es titular de la misma. Lo que se discute en estos casos es el uso y disfrute de la misma, no la propiedad, por lo que continúa siendo de su legítimo titular.

Otra de las posibilidades que se plantean en la práctica que planteó la AP de Madrid, y posteriormente ratificado por el TS en su sentencia 21 de febrero de 2014<sup>9</sup>, es el uso alternativo, en caso de inexistencia de hijos menores, cuando ninguno de los consortes advierte interés necesitado de mayor protección, a concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como posibilidades de atender dignamente su sustento.

Advierte el TS que se trata de una solución en la que ninguno de estos factores resulta absurdo, ilógico o irracional para modificarlo, y concluye, desestimando el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 24 de la AP de Madrid de fecha 16 de septiembre de 2013.

En conclusión, es posible solicitar un cambio en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en los casos en los que no existan hijos en el matrimonio, o habiéndolos, hayan alcanzado la mayoría de edad y tengan independencia económica, siempre y cuando concurra una alteración sustancial y notable de las circunstancias que permita prosperar la modificación que se pretende mediante la correspondiente demanda. Cosa diferente, es cuando existen menores de edad o durante el tiempo en el que no alcancen la mayoría de edad, en cuyo caso siempre prima el interés de aquel, y no puede delimitarse temporalmente el uso y disfrute de la vivienda, como se ha pretendido en algunos casos.

#### **d) Modificación del régimen de visitas y su incumplimiento por la vía civil tras la reforma del CP**

Una vez más, rige la supremacía del interés del menor, y es que, la superioridad del principio favor filii es el principio informador en el Derecho de familia, elevado a principio universal, tanto en la legislación española como internacional. De ahí que en todos y cada uno de los procedimientos de familia en los que haya menores, va a primar el interés de éste sobre todo lo demás, como ya se ha puesto de manifiesto en varias

---

<sup>9</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 90/2014 de 21 de febrero de 2014 (ROJ 655/2014)

ocasiones a lo largo de este trabajo. Es bastante amplia la regulación al respecto, pues también dispone el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989, que todas las medidas que se adopten en relación a menores de edad, -entre las que se incluye el régimen de visitas-, deben ser presididas por el principio superior de los menores. Este principio también es consagrado en el artículo 39 de la CE, el cual dispone toda la regulación que nuestro derecho hace de las relaciones paterno-filiares, siendo proclamado de forma específica en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>10</sup>, y también en el artículo 6.2.b) de la Ley 1/95, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias<sup>11</sup>, y de nuevo, aparece en el artículo 158 Código Civil<sup>12</sup>.

Habrá que partir necesariamente del artículo 94 CC, el cual dispone que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Con la última reforma del CP, existe una nueva regulación que despenaliza el incumplimiento del régimen de visitas, aportando una solución completamente diferente a la que venía estipulando el antiguo CP. Para aquellos casos en los que se incumpla el régimen por parte del progenitor no custodio, al haberse derogado por la última reforma

---

<sup>10</sup> España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Boletín Oficial del Estado, pp. 1125-1238, REF. BOE-A-1996-1069

<sup>11</sup> Principado de Asturias. Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias. Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 9 de septiembre de 2010, número 209.

<sup>12</sup> Artículo 159 CC: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1. *Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*
2. *Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*
3. *Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, y en particular, las siguientes:*
  - a) *Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
  - b) *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
  - c) *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*
4. *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*  
*Todas las medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”*

las faltas, y en concreto, la estipulada en el artículo 618.2 del antiguo CP, en la actualidad supone la destipificación, y por tanto, se suprime por completo su papel en el procedimiento penal. Pero lógicamente, aporta otra vía por la cual se debe poner solución al incumplimiento del régimen de visitas, siendo esta vía únicamente la civil, tal vez para dar una mayor agilidad a los procedimientos penales suprimiendo los que ahora se consideran que no tienen cabida en el ámbito penal, pues en ocasiones, se ha abusado en la práctica colapsando los juzgados de forma un tanto innecesaria o absurda, y todo ello, lógicamente, por el principio de intervención mínima.

Pero la derogación de la antigua regulación penal en la presente materia no supone, ni mucho menos, la exclusión de esta materia en el ámbito penal, si bien la merma considerablemente. Desde el 1 de junio de 2015, para los casos de incumplimiento del régimen de visitas, hay que acudir necesariamente a la ejecución de sentencia, - lógicamente en el orden civil, pues es quien dictó la sentencia-. Por tanto, habrá que interponer demanda ejecutiva, pues no se pretende cambiar lo que estipuló el convenio regulador, o en su defecto, la sentencia, sino dar cumplimiento a lo estipulado en los mismos.

Sin embargo, la demanda ejecutiva no se deberá limitar únicamente a pedir que se dé cumplimiento por el obligado al régimen de visitas, así como que se imponga una sanción pecuniaria, sino que cabe la posibilidad de solicitar expresamente que se aperciba al ejecutado de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de que vuelva a incumplir. Cabe hacer una especial mención a los medios ejecutivos para la ejecución de los deberes de prestación derivados del acuerdo o del pronunciamiento sobre medidas definitivas. Los pronunciamientos sobre medidas definitivas, -o el acuerdo aprobado sobre ellas- sí que requieren ejecución de las diferentes clases de prestaciones que se imponen con tales medidas. Para ello se aplican los medios ejecutivos previstos en la LEC para las diferentes clases de prestaciones, pero el artículo 776 de la citada ley, regulador de la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, introduce algunas especialidades en las medidas coercitivas generales para hacerlas más efectivas (ampliación de los supuestos de aplicación de las multas coercitivas, modificación del régimen de visitas para forzar el cumplimiento del mismo)<sup>13</sup>. En consecuencia, todo ello supone que en caso de un nuevo incumplimiento, tendrá cabida penal, si bien no por un

---

<sup>13</sup> Ortells Ramos, M. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2000, pág. 758

delito de incumplimiento del régimen de visitas, que no existe, sino por el de desobediencia, que regula el artículo 556 del CP, imponiendo una pena de prisión de tres a dieciocho meses.

Si algo está claro, es que no será de aplicación para los casos de incumplimiento de visitas, la aplicación del artículo 225.bis del actual CP regulador del delito de sustracción de menores, y que puede dar lugar a confusión en la práctica la aplicación de dicho precepto en algunos casos. Si bien dicho precepto no ha cambiado su redacción con la actual regulación, es lógico pensar que si el legislador precisamente destipifica penalmente el incumplimiento del régimen de visitas, no tendría sentido dar solución al incumplimiento del régimen de visitas por la vía del 225.bis, pues precisamente, lo que se ha hecho es minorar la recriminación penal para estos casos. Habrá que ponderar las consecuencias económicas que se plantean al instar ahora el nuevo procedimiento, y el antiguo, pues supondrá un mayor coste para las partes ahora instar el procedimiento por la única y nueva vía.

Anteriormente, al tener cabida en el ámbito penal regulándolo como falta, se interponía denuncia por el interesado, dando inicio así al procedimiento. En consecuencia, al ser una falta, daría lugar a un juicio de faltas, en cuyo caso, no es necesario abogado y procurador, incluso sin costas.

En la actualidad, como ya hemos señalado con anterioridad, se insta por la vía ejecutiva ante el mismo Juzgado que dictó la sentencia, en cuyo caso, corresponderá la intervención preceptiva de abogado y procurador, con la posibilidad de que pueda condenarse en costas a una de las partes.

Por último, respecto a la relación que guarda el incumplimiento del régimen de visitas, y los procedimientos de modificación de medidas, se podrán instar para aquellos casos en los que exista un incumplimiento reiterado del régimen de visitas, incluso pudiendo solicitar la custodia del menor, y sirviendo como fundamento precisamente el reiterado incumplimiento. También el incumplimiento del régimen de visitas incluso puede justificar la privación de la patria potestad, como ha fallado el TS el pasado 9 de noviembre de 2015. Sin embargo, en este caso concreto, justificaba la privación el incumplimiento reiterado de pagar la pensión de alimentos, así como el incumplimiento

del régimen de visitas<sup>14</sup>. En conclusión, si con anterioridad a la reforma del CP existía la posibilidad de acudir a la vía penal y/o a la civil, en la actualidad se reduce únicamente al ámbito civil por vía ejecutiva, siendo más costoso para las partes, y sin perjuicio, de que con posterioridad, pudiera dar lugar a un procedimiento penal por un delito de desobediencia, pero no de por sí por un incumplimiento del régimen de visitas propiamente dicho. Y es que, el propio CP en el preámbulo establece que la desaparición del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación-viene orientada al principio de intervención mínima, debiendo facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

Al margen de la nueva regulación, hay que tener en cuenta que tras la disolución del matrimonio o el fallecimiento de uno de los progenitores, existen consecuencias jurídicas que también inciden en los abuelos, quienes tienen unos derechos respecto a los nietos, y esto es, el régimen de visita reconocido legalmente. El artículo 160 CC es el encargado de regularlo, el cual dispone que los abuelos tienen el derecho a relacionarse con sus nietos. De igual modo, aparece regulado en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, la cual estableció la posibilidad de fijar el régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos como contenido el convenio regulador y de la sentencia que pone fin a los procesos matrimoniales contenciosos.

Sin embargo, a pesar de su minuciosa regulación, no son abundantes los casos en los que se fije en el mismo convenio un régimen de visitas de los abuelos, si bien son más habituales en los casos de fallecimiento de uno de los progenitores, cuyo acontecimiento ocasiona la ruptura, a veces, de las relaciones entre el progenitor e hijos y los padres del fallecido, impidiendo en numerosas ocasiones que se establezca contacto o relación alguna entre el/los menor/menores y sus abuelos.

En cualquiera de los dos casos, ante el derecho a relacionarse que les otorga el artículo 160 CC y el artículo 94 del mismo cuerpo legal, y la regulación legal que lo desarrolla, se hace necesario frecuentemente reclamar tal derecho frente a quien viene impidiendo tales relaciones, pues como señala el artículo 160, no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus abuelos.

---

<sup>14</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 621/2015 de 9 de noviembre de 2015. (ROJ 4575/2015)

Y es que, en caso de oposición, el juez resolverá atendidas las circunstancias, especialmente debiendo asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Por lo tanto, se colige que el régimen de visitas de los abuelos respecto de los nietos, es totalmente independiente, toda vez que el hecho de que se halle privado el progenitor no custodio de relacionarse con sus hijos por resolución judicial, no es impedimento alguno para que se establezca un régimen de visitas a favor de los abuelos, si bien habrá que fijar perfectamente los límites de las visitas para impedir infringir tales resoluciones judiciales, lo que se convierte en una tarea costosa a la hora de fijar tales límites.

#### **e) Modificación de la guarda y custodia**

Si bien la regla general es el ejercicio conjunto, habrá excepciones que comporten la patria potestad a uno solo de los progenitores. Íntimamente relacionado con la guarda y custodia de los menores, está la patria potestad, y ésta a su vez, deriva de la fijación del domicilio familiar, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68 y 70 CC.

Sin embargo, la disolución del matrimonio deja sin efecto lo anterior, en cuanto que no existe convivencia, obligando a los progenitores a llegar a un acuerdo para el ejercicio de alguna de las facultades relativas al menor.

En aquellos casos en los que existen desacuerdo entre los progenitores para fijar una nueva residencia del menor, que son la mayoría, el mayor problema se suscita en considerar la procedencia o improcedencia de la fijación del nuevo domicilio. Pero si algo está claro, es que deberá una vez más primar el interés del menor ante todo.

En la práctica, y ante el inminente crecimiento de matrimonios mixtos, muchos de los procedimientos que se instan son en cuanto a la nacionalidad como factor de protección del interés del menor y la incidencia de la atribución de la guarda y custodia del mismo cuando el progenitor custodio se traslada a otro país. Parece estar resuelto el problema respecto a aquellos casos en los que existe cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio, en cuyo caso podrá ser judicialmente autorizado en beneficio e interés de los hijos menores que estén bajo su custodia. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014<sup>15</sup>, la cual resuelve literalmente: “*Se fija*

---

<sup>15</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 536/2014 de 20 de octubre de 2014. (ROJ 4072/2014)

*como doctrina jurisprudencial la siguiente: el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.*

Es decir, en esta sentencia se venía a estudiar si la estabilidad y seguridad que proporcionada al menor estaba arraigado únicamente al hecho de la permanencia en España como domicilio de aquel, si bien la sentencia viene argumentando que es el interés del menor lo que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado. Sin embargo, no siempre el cambio de residencia supone un nuevo domicilio en el extranjero, dado que son varios los supuestos que pueden darse.

Para aquellos casos en los que el progenitor custodio cambia de domicilio, pero no de ciudad ni país, resulta irrelevante. Diferentes son aquellos supuestos en los que el nuevo domicilio se sitúa en otra ciudad, o incluso en otro país, en cuyo caso, es evidente que se da una alteración en las circunstancias, y será entonces cuando se deba instar una modificación de medidas. Sin embargo, habrá que diferenciar aquellos supuestos en los que quien fija el nuevo domicilio es el progenitor custodio o el no custodio.

En primer lugar, si quien fija su nuevo domicilio es el progenitor custodio, para instar una modificación de medidas, por la otra parte, esto es, del progenitor no custodio, es fundamental para que prospere la fase probatoria en tanto en cuanto debe demostrar que tal cambio de residencia supone para el hijo menor unas consecuencias negativas para su formación y desarrollo.

Habrà que tener en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 CC, que para los casos en los que los hijos sean mayores de 12 años, o en su caso, tenga juicio suficiente, deberán ser oídos, pues en estos casos, y debido a la edad del menor, pueda mostrar su disconformidad con el cambio de residencia. Será fundamental para el progenitor no custodio al instar la modificación de medidas, que pueda demostrar que está en perfectas condiciones de asumir la guarda y custodia, en cuanto a condiciones económicas, de habitabilidad, composición del núcleo familiar... Etc.

Sin embargo, mayores problemas se presentan en aquellos casos en los que el menor apenas ha tenido contacto con el progenitor no custodio, o éste, ha venido incumpliendo el régimen de visitas, comunicaciones... O todo aquello que le compete en cuanto al

menor, pues puede suponer que repercuta negativamente en el menor, y de esta forma, no prospere la petición.

También, es lógico que tras las rupturas matrimoniales, pueda darse el caso de que el progenitor custodio conviva con una tercera persona, en cuyos casos se presentan también problemas. Si es el progenitor custodio es el que inicia una nueva relación, será el no custodio el que quiera, normalmente, la guarda y custodia. De otra parte, si por el contrario es el progenitor no custodio el que inicia una nueva relación, los problemas se plantearán generalmente en cuanto al régimen de visitas. Pero el hecho de que alguno de los progenitores inicie una nueva relación con una tercera persona, no supone un cambio automático en el ejercicio de la guarda y custodia, pues lo que justificaría tal cambio en cualquiera de los casos es precisamente que el hecho de que quien sea de los dos esté con una tercera persona, ello sea perjudicial o dañoso para el menor, siendo fundamental que el menor sea oído atendiendo a su edad o juicio suficiente. Es decir, únicamente podrá prosperar el cambio de guarda y custodia en estos casos cuando el hecho de que exista la convivencia con una tercera persona afecte de lleno negativamente a la formación y desarrollo del menor, pero no supone ni mucho menos un hecho determinante que justifique un cambio automático.

Sin embargo, existe un elenco de causas que pueden justificar el cambio de la guarda y custodia, además de las ya estudiadas, tales como la falta de asistencia y atención al menor por el progenitor custodio, pérdida de autoridad del custodio que afecte a la formación y desarrollo del menor... Etc. Y es que, en ocasiones, incluso por los motivos a los que arriba hago referencia, se viene ejerciendo una guarda y custodia de hecho, en cuyo caso también tiene cabida la modificación de medidas para legalizarlo, pues esta circunstancia no debe ser ajena al Juzgado de Familia, sobre todo, en aquellos casos en los que el progenitor que viene ejerciendo la guarda y custodia de hecho, viene abonando, a su vez, pensión de alimentos, algo bastante habitual en la práctica ante las repentinas decisiones de los menores de ir a vivir con el progenitor no custodio por los motivos que sean con quien venía teniendo la guarda y custodia.

Merece una especial mención la valoración del deseo del menor del cambio de custodia. En estos casos, cuando se insta la modificación de medidas ante el deseo de cambio del menor, juega un papel fundamental el informe del equipo psicosocial o bien a través de la exploración del menor, si bien será siempre relevante la edad del menor, para ponderar el discernimiento y madurez al respecto. Pero que el menor manifieste su

deseo de convivir con el progenitor no custodio no es algo determinante ni mucho menos, pues siempre prima el interés superior del mismo, y como dijo la sentencia del TS de 25 de octubre de 2012<sup>16</sup> : *“El interés del menor exige un compromiso mayor y una colaboración entre sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos de hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia (...) Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar”*

Y es que, dicha sentencia, continua argumentando algo fundamental, y son los criterios que ha venido siguiendo la Sala 1ª del TS para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, estipulando los siguientes:

- Práctica de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales
- Los deseos manifestados por los menores competentes
- El número de hijos
- Respeto mutuo en las relaciones personales

-El resultado de los informes exigidos legalmente y cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Todos estos criterios son a los que se vienen atendiendo fundamentalmente, entre otros, para resolver estas cuestiones, pues en muchas ocasiones resulta dudoso lo expresado por los menores, toda vez que, en ocasiones, no responde a una voluntad real, pudiendo llegar a interpretarse como una manipulación por parte de uno de los progenitores derivada del conflicto matrimonial, el cual tendrá repercusiones, quizá las más perjudiciales, en los menores. Es decir, interesará la prueba que justifique que el progenitor custodio no cumple los requisitos para la continuidad del ejercicio de la custodia, no bastando únicamente las manifestaciones que el menor pudiera hacer en la exploración judicial o informes legales preceptivos a tal efecto, además de exigirse, como

---

<sup>16</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 633/2012, de 25 de octubre de 2012. (ROJ 6808/2012)

en todas las modificaciones de medidas, una alteración verdaderamente sustancial que justifique el cambio.

**f) Modificación en cuanto a la patria potestad. Diferencias y efectos esenciales entre suspensión y privación**

Tras la ruptura y disolución del matrimonio, se puede hacer referencia a la patria potestad de diferentes formas. En primer lugar, y suele ser lo habitual en la práctica, salvo que concurren causas que justifiquen lo contrario, es la atribución de la patria potestad a ambos progenitores. Pero existen supuestos en los que la patria potestad puede ser atribuida en exclusiva a uno sólo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro. También para aquellos supuestos en los que el progenitor que insta la modificación de medidas, solicita la atribución de la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el progenitor que venía ejerciéndola.

Por último, una tercera posibilidad es que se le prive total o parcialmente, lógicamente cuando concorra justa causa para ello, y sea por sentencia que tenga como base el incumplimiento de los deberes referentes a la patria potestad.

Como ya se ha visto, desde que se dicta sentencia, hasta que los menores cumplen la mayoría de edad, normalmente se producen un elenco de circunstancias que suponen una alteración sustancial, y justifican la necesidad de cambio, a través del procedimiento de modificación de medidas, y el cual también incide directamente en el ejercicio de la patria potestad lógicamente.

Las causas que puedan sustentar una modificación de medidas en materia de patria potestad deben suponer una clara y absoluta falta de idoneidad para velar por la protección, interés, desarrollo, educación y cuidado del menor. La decisión final que se tome, en cualquier caso, debe beneficiar a los hijos, y no atender a los meros intereses de los progenitores. Es decir, debe existir un claro, reiterado y grave incumplimiento, no bastando cualquier incumplimiento, ni tampoco las meras sospechas, pues el propio artículo 1249 CC estipula que las presunciones no son admisibles, sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado. Es extensa la lista de causas que pudieran afectar al ejercicio de la patria potestad, tales como malos tratos del progenitor hacia el hijo, drogadicción (deberá quedar plenamente probado en autos, debiendo tener en cuenta si padece alguna enfermedad contagiosa y si pone en peligro la seguridad, salud

y formación del hijo), por enfermedad del progenitor (de nuevo drogadicción, alcoholismo, enfermedad psíquica...), impago voluntario de alimentos, ingreso en prisión del progenitor por delitos relacionados con algún miembro de la familia... Es decir, cualquier circunstancia que sea totalmente perjudicial para el menor en cuanto a seguridad, salud, formación y educación, siempre y cuando se trate, como hemos dicho, de una conducta reiterada y suficientemente grave.

Sin embargo, cuando cesa la causa que motivó, ya sea la privación o la suspensión, ello puede servir de fundamento para la recuperación de la patria potestad, tal y como estipula el artículo 170 CC. Pero debemos diferenciar perfectamente privación y suspensión, pues en ocasiones, en la práctica, tiende a generar confusiones.

Mientras la suspensión tiene carácter temporal, la privación es por tiempo indefinido. Además, la privación tiene un carácter sancionador ante conductas del progenitor que lo justifican, mientras que en la suspensión lo único pretendido es el interés y protección del menor, pero no sancionar al progenitor en cuestión. A modo de ejemplo, la sentencia del TS de 25 de abril de 2011<sup>17</sup>, en la que se acuerda la suspensión de la patria potestad por estar el progenitor pendiente de sentencia por abusos sexuales a la menor. Es decir, tiene carácter temporal, y de momento, no se trata de una conducta sancionadora, pues no existe condena por el delito, sino que está pendiente de su resolución, y en atención a la menor, se acuerda la suspensión de la patria potestad, y lógicamente, el régimen de visitas.

De igual modo, la sentencia a la que ya se ha hecho referencia del TS de fecha 9 de noviembre de 2015, que estableció que el grave y reiterado incumplimiento del deber de satisfacer la pensión de alimentos y el del régimen de visitas, justifica la privación de la patria potestad. Asimismo, la privación de la patria potestad únicamente se podrá acordar a través de resolución judicial, con la exigencia de acreditar el incumplimiento de los deberes que fija el artículo 154 CC. Pero en lo que concierne a la suspensión, puede producirse por resolución judicial o por ley (incapacidad, ausencia...).

Cabe destacar que en muchas ocasiones, existe la persistencia por parte del progenitor a quien se le ha privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad, por ver o mantener algún tipo de contacto con el menor. Entonces es cuando resulta de dudosa compatibilidad el régimen de visitas y la privación o suspensión de la patria potestad.

---

<sup>17</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 258/2011, de 25 de abril de 2011 (ROJ 2666/2011)

Si como ya se ha dicho, la privación de la patria potestad supone una conducta sancionadora al progenitor privado, y siempre en interés del menor, se colige que es incompatible con el régimen de visitas, debiendo quedar el mismo sin efecto durante el tiempo de privación. Sobre todo, dada la suma gravedad que comportan las conductas que justifican la privación, que no la suspensión.

Sin embargo, en cuanto a la suspensión de la patria potestad, aunque no es una conducta sancionadora, en ocasiones parece lógico que no exista régimen de visitas, y ejemplo de ello, es la ausencia del progenitor. En todo caso dependerá las circunstancias del caso, pues puede establecerse, no un régimen de visitas, pero sí de comunicaciones entre el que ha sido suspendido de la patria potestad y el menor, aunque no es lo habitual.

Para que concurra la suspensión, o en su lugar, la privación, deberán concurrir circunstancias que por su gravedad así lo aconsejen, o bien, ante un incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos en la resolución judicial, tal y como dispuso la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008<sup>18</sup>.

Y es que, en el marco internacional, también existe regulación al respecto. Los acuerdos y convenios internacionales sobre protección de menores reconocen el derecho de comunicación del progenitor con el hijo, como un derecho básico de éste, salvo que en razón de su interés tuviera que acordarse otra cosa diferente. Así lo estipula una reciente sentencia del TS, en concreto, la de 14 de octubre de 2014<sup>19</sup>, cuando dice que el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990): *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

En concordancia con lo anterior, de igual modo, el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en la Resolución de 18 de julio de 1992: *“En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese*

---

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 176/2008, de 22 de diciembre de 2008

<sup>19</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 569/2014 de 22 de octubre de 2014 (ROJ 4437/2014)

*en otro país, salvo si el órgano competente del Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño”.*

Por lo tanto, vemos una extensa regulación al respecto, tanto en el ámbito de la regulación nacional como la internacional, que pone de manifiesto una vez más, el interés superior del menor, a pesar de que el derecho de comunicación con sus padres se conforme como un derecho básico. Es por ello, que como ya se ha señalado, habrá que ponderar qué circunstancias justifican una privación, o en su caso, una suspensión, en atención única y exclusivamente al interés del menor, sin que en ningún caso, le pudiera causar perjuicios, y siempre mediando justa causa, la cual debe ser suficientemente grave.

Por último, cabe destacar que la pena de privación de la patria potestad implica una pérdida de la titularidad de la misma, pero ello no supone la pérdida de los derechos de los que sea titular el hijo respecto del progenitor, tales como pensión de alimentos, si bien en muchas ocasiones sí lleva aparejada la suspensión del régimen de visitas por considerar que es lo más beneficioso para aquel. Igualmente, es perfectamente viable la recuperación de la misma, para lo cual se necesita la concurrencia de dos requisitos previos: por un lado que haya cesado la causa que motivó la decisión de privar al progenitor de la patria potestad, por ejemplo, si la causa que provocó la pérdida de la patria potestad fue la falta de relación paterno-filial y el impago de las pensiones alimenticias y con el transcurso del tiempo, queda acreditado que dicha relación se ha iniciado y que el progenitor cumple regularmente con su obligación alimenticia, se estará en condiciones de solicitar la recuperación. El otro requisito que impone el legislador es que la recuperación de la patria potestad sea una medida que beneficie al menor, ya que a pesar de cesar la causa, el tribunal entiende que el interés del menor se protege mejor manteniendo la titularidad de la patria potestad en un solo progenitor, no procederá dicha recuperación. En cualquier caso, deberá solicitarse con ocasión del divorcio si la privación se produjo en la sentencia de separación, o en otro caso, a través de un procedimiento de modificación de medidas<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Pérez Martín, AJ. *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012. pág. 212

**g) Pensión compensatoria por tiempo “indefinido” y limitación temporal de la misma**

Si bien en muchas ocasiones parece que las controversias que se plantean entre las partes son por la dudosa redacción de los convenios, la jurisprudencia es clara al respecto resolviendo tales disputas. Es sabido que la pensión compensatoria se fija para paliar el desequilibrio que el acreedor de la pensión ha padecido tras la ruptura matrimonial, y una forma de paliarlo es la fijación de la pensión compensatoria.

Sin embargo, para su fijación, no opera la automaticidad, sino que existe una disponibilidad para la parte al respecto, y su concesión, en principio procede durante el tiempo que se estime oportuno, en tanto en cuanto no desaparezca el desequilibrio. Pero en muchas ocasiones, cuando en los convenios se fija una pensión compensatoria por tiempo indefinido, ocasiona la errónea creencia de que se sobrepone a pesar de que haya habido una alteración sustancial de las circunstancias, cuando en realidad tal alteración será siempre la que sirva de fundamento para extinguir la pensión, si bien siempre que haya desaparecido el desequilibrio que sirvió de fundamento para su fijación.

En numerosas ocasiones, el TS se ha visto obligado a resolver en esta materia para definir exactamente qué se debe entender por indefinido. Y es que, sin ningún atisbo de duda, el artículo 97 CC no configura con carácter necesario la pensión compensatoria como un derecho de duración indefinida entendiéndolo por tal naturaleza vitalicia. Como recuerda la reciente STS de 2 de junio de 2015<sup>21</sup>:

*“La Sala, y cualquiera que sea la duración de la pensión, ha considerado (STS 23 octubre 2012 Y las en ellas citadas de 3 octubre 2008; 27 de junio de 2011) que: “Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, (RC núm. 2727/2004 ), y 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009 )) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión « nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto,*

---

<sup>21</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 316/2015, de 2 de junio de 2015 (ROJ 2566/2015)

*constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas - alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC)».*

En principio la sentencia parece clara al resolver que cualquiera que sea la duración de la pensión, nada obsta a que, cumpliéndose los requisitos para ello, se pueda modificar, incluida la extinción, por el procedimiento de modificación de medidas. Por lo tanto, encajarían también aquellos supuestos en los que se ha fijado por tiempo indefinido, pues en realidad, se está fijando un límite temporal.

Íntimamente relacionado con lo anterior, en la práctica también se da la ocurrencia de fijar un límite temporal para su extinción, en contraposición de la alteración sustancial de las circunstancias, requisito fijado legalmente en el CC que justifique la modificación de la pensión compensatoria. Entiendo, además, que es un desatino fijar un límite temporal de extinción de la pensión compensatoria por más que lo acuerden las partes, si el fundamento que sirva de base para su extinción va a ser exactamente el mismo que en caso de no haberse fijado ese plazo de extinción. Y es que, habrá que tener en cuenta, para un mayor ahondamiento, las sentencias del TS de fecha 27 de junio de 2011 y 3 de noviembre de 2011, que resolvieron que se ha de descartar la posibilidad de extinguir la pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo, y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio económico.

El TS se muestra firme al respecto fallando que no procede fijar un plazo temporal de extinción de la pensión compensatoria por el mero transcurso del tiempo. De nuevo, la sentencia del Alto Tribunal de fecha 28 de octubre de 2014<sup>22</sup>, resolvió la cuestión de si se puede fijar un plazo temporal para la pensión compensatoria, al haber dictado sentencia la Audiencia de Ciudad Real anteriormente fijando un plazo a tal efecto de cinco años, por entender que no había una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de establecer la pensión en la Sentencia de Separación.

Sin embargo, el TS muestra su disconformidad con la Audiencia de Ciudad Real, y resuelve al respecto:

---

<sup>22</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 580/2014, de 28 de octubre de 2014 (ROJ 4239/2014)

*“(…) La sentencia de esta Sala núm. 641/2013, de 24 de octubre (Recurso núm. 2159/2012), citada por la parte recurrente, resulta de plena aplicación al caso y fundamenta de modo suficiente la pretensión casacional. Se dice en dicha resolución que “es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal, no configura, con carácter necesario, la pensión como n derecho de duración indefinida – vitalicio- (...) Se añade a ello que “esta transformación de pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala ( SSTS 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012, entre otras)”.*

La citada sentencia hace referencia a la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y es algo que se debe enfocar. En la mayoría de los casos, la persona acreedora de la pensión compensatoria es la esposa, quien, a veces, por cuidado a la familia e hijos, durante la vigencia del matrimonio, no pudo desarrollar actividad remunerada alguna incidiendo en su aptitud o idoneidad para trabajar ante la falta de cualificación o experiencia profesional. Por ello, el tribunal en estos casos tiene en cuenta para la fijación de la pensión el periodo de tiempo en el que la mujer se dedicó en exclusiva al cuidado de la familia y su repercusión negativa en el desarrollo profesional. No puede pretenderse que tras la ruptura matrimonial, sea él o ella, se vea obligado de forma repentina a desempeñar cualquier tipo de trabajo, ante la falta de cualificación y experiencia profesionales, para lo que procederá la fijación de la pensión compensatoria, sin perjuicio de que con posterioridad se extinga al haber desaparecido el desequilibrio económico entre las partes.

Se trata de un supuesto más que da lugar a la fijación de la compensatoria, pero que a veces, la duración de la misma suele ser mayor, ante la inminente dificultad para encontrar trabajo. En STS, 04 de Diciembre del 2012<sup>23</sup>, se fijó que:

---

<sup>23</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 749/2012, de 4 de diciembre de 2012 (ROJ 8531/2012)

*“...por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de **colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...**”*

El hecho de que el cónyuge acreedor de la pensión haya venido dedicándose al cuidado de las necesidades familiares durante la vigencia del matrimonio y no se haya podido incorporar al mercado laboral en ese periodo, ello no es óbice para que tras la disolución del matrimonio pueda ejercer un trabajo, y subsista con sus propios ingresos y de esta forma, daría lugar a la extinción, o al menos reducción, de la pensión compensatoria.

Son varios los factores que se tienen en cuenta a la hora de fijar la pensión compensatoria, además del tiempo dedicado al cuidado y necesidades familiares. Son los siguientes:

- Edad
- Cualificación y experiencia profesional
- Duración del matrimonio
- Posibles ingresos que pudiera tener
- Hijos y edad de los mismos, siendo fundamental si están independizados o no.
- Trabajo, ingresos-gastos y cualificación del obligado al pago de la pensión compensatoria.
- Posibles ingresos abonados a la futura acreedora de la pensión tras la separación

## **II. PRINCIPALES CUESTIONES PROCESALES QUE SUSCITAN LAS MODIFICACIONES DE MEDIDAS.**

### **a) Carácter del procedimiento y sus consecuencias competenciales: como incidente del proceso principal o como proceso autónomo**

Si partimos de la premisa de que los procedimientos de modificaciones de medidas tienen carácter autónomo, que lo tienen, y no incidental, tiene una afectación directa en la competencia, así como en otras cuestiones, lo cual será la principal cuestión a estudiar en el presente apartado. Ya ha supuesto una cierta problemática en la práctica, debiendo el TS resolver al respecto. Mayores problemas en cuestiones de competencia plantean los supuestos en los que existen cambios de residencia tras las sentencias de divorcio, y en especial, en aquellos casos en los que existen menores de edad.

Aunque en principio la regulación legal parece ofrecer una respuesta concisa al respecto, en concreto, el artículo 769 LEC es claro al respecto estipulándose que la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y para aquellos casos en los que los cónyuges residen en partidos judiciales diferentes, a elección del demandante, será el lugar del domicilio del demandado o el de la residencia del menor. Y matiza, en su apartado tercero, que se seguirá el mismo criterio para los supuestos de procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por el progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, debiendo en todos los casos el tribunal examinar de oficio su competencia..

Pues bien, ejemplo de los dilemas prácticos, y merecedor de una especial mención, es el Auto del TS (Sala 1ª) de fecha 22 de octubre de 2004.<sup>24</sup> En este caso, el procedimiento de divorcio se había tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Palma de Mallorca. La parte demandante insta modificación de medidas ante el Juzgado Decano de Madrid, por entender que la competencia territorial era en Madrid al tener los litigantes su domicilio actual en el momento de la modificación en Madrid, y no en Mallorca, donde se siguió el procedimiento de divorcio, y cuyo Juzgado ya se había declarado incompetente ordenando remitir las actuaciones al TS.

El TS resolvió de forma clara al respecto, considerando que la competencia correspondía al Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid al tener el domicilio

---

<sup>24</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Recurso núm. 60/2004, auto 22 de octubre de 2004 (ROJ 1200/2004)

actual las partes en Madrid, independientemente del Juzgado que haya conocido del procedimiento de divorcio. De igual modo, el MF consideró que la competencia territorial correspondería al Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid.

Por tanto, se colige que los procedimientos de modificación de medidas no se configuran como un incidente del juicio de divorcio, ni tampoco una ejecución de la sentencia que puso fin al proceso anterior, pues nada tienen que ver con el Juzgado que conoció del divorcio.

Respecto de los supuestos en los que existen menores, y los domicilios de las partes son dispares, -no como en el anterior supuesto, en el que todos tenían el domicilio en Madrid, y no presentaba mayor problema-, también el TS ha resuelto al respecto, en concreto, en su Auto de fecha 11 de febrero de 2003, fallando que la competencia territorial en los que se insta una modificación de medidas existiendo menores corresponde al lugar en el que residan éstos. Sin embargo, la autonomía con la que se concibe este tipo de procedimientos, en ocasiones tiene consecuencias muy poco prácticas para aquellos casos en los que los letrados no son de libre designación, sino del turno de oficio. Si bien el artículo 7 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita estipula que la asistencia jurídica gratuita en cuanto a su extensión temporal, se extiende a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, ello no evita que actúen diversos letrados para el curso de procedimientos de una misma familia que se están siguiendo paralelamente en los Juzgados.

Por ejemplo, que se proceda a la designación de abogado de oficio para un procedimiento de divorcio, y si bien va a ser el mismo que inste la posible ejecución, no va a ser así en aquellos casos en los que el conocimiento de los recursos corresponda a un órgano judicial cuya sede se encuentre en distinta localidad, en cuyo caso, el secretario judicial, recibidos los autos judiciales, requerirá a los respectivos colegios para la designación de abogado en dicha sede judicial. Y así lo dispone el apartado tercero del artículo 7 de la LAJG, el cual fue modificado por la disposición adicional 3.5 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

A su vez, puede haber otro letrado para la liquidación de gananciales, al que habrá que sumarle otro si se insta una modificación de medidas, en cuyo caso, corresponderá a este, en principio, también el curso de la ejecución que se pudiera instar respecto de las medidas acordadas en dicho procedimiento, pero únicamente dentro de los dos años

siguientes a la sentencia, pues en caso contrario, la dirección letrada corresponderá a un nuevo abogado designado a tal efecto.

Por tanto, no existe unidad de actuación, pues como se despliega de lo anterior, puede haber disparidad de abogados en procedimientos que versan en realidad sobre materias relacionadas, algo que no ocurre en los casos en los que el cliente tiene abogado de libre designación.

#### **b) Cuestiones excluidas del procedimiento de modificación de medidas**

Ante el inminente crecimiento de los procedimientos de modificación de medidas que se vienen instando en los Juzgados de Familia, es preciso hacer una mínima mención a las exclusiones que existen, pues en muchas ocasiones se acuden a estos procedimientos u otros cuando no son la vía procesal adecuada. Son las siguientes exclusiones:

*-Instar un procedimiento de modificación de medidas en aquellos casos en los que la parte actora está ejercitando una acción ya extinguida.*

Dentro de este supuesto, sería pedir la concesión de una pensión compensatoria a través del procedimiento de modificación de medidas, cuando la anterior sentencia de separación o divorcio no ha hecho mención expresa al respecto, ni tampoco a la posibilidad de fijarse, por lo que no existe alteración sustancial de ninguna manera.

*-La modificación de las medidas provisionales previas.*

La ley estipula que para aquellos casos en los que se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se unirán a las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos de separación, nulidad o divorcio. Asimismo, para la modificación de estas medidas se convoca a las partes a una audiencia, pero ligado al proceso de separación, nulidad o divorcio, y no como un procedimiento de modificación de medidas autónomo como el que hemos venido estudiando.

*-Petición de modificación que deben tramitarse por vía ejecutiva.*

Es decir, si precisamente la causa que justifica y hace prosperar una demanda de modificación de medidas es una alteración sustancial de las circunstancias, es lógico pensar que si lo que pretende la parte actora es que se dé cumplimiento a lo que ya fijó la sentencia anterior, corresponderá la vía ejecutiva, pues de otro modo, carece de sentido acudir a la modificación de medidas y esperar a su definitiva resolución, sin que deba

prosperar, dado que se está pidiendo algo ya reconocido en sentencia, la cual es título ejecutivo.

*-Solicitud de revisión de la sentencia firme por el procedimiento de modificación de medidas.*

Es decir, el procedimiento de modificación de medidas no puede pretender una nueva valoración de las pruebas, por ejemplo, pues en caso contrario, estaría llevando a cabo algo en lo que es absolutamente incompetente, y cuya competencia única y exclusivamente corresponde al TS, correspondiendo por tanto un recurso de revisión, y no instar un procedimiento de modificación de medidas.

*-Modificación de medidas basada en hechos anteriores a la sentencia de divorcio.*

En este caso, sí sería viable instar una modificación de medidas si los hechos a tener en cuenta en el momento de la solicitud justifican una alteración sustancial de las circunstancias, y siempre y cuando no pudieron ser tenidas en cuenta por el Tribunal.

Sin embargo, fuera de estos casos, se entiende que no es el procedimiento adecuado el de modificación de medidas, si bien no existe alteración sustancial de las circunstancias a tener en cuenta en el momento de la sentencia anterior, y en el momento en el que se pretende modificar los términos de dicha sentencia. Por tanto, al no haber alteración sustancial de las circunstancias que sirva de fundamento, no cabe dicho procedimiento.

### **III. ANÁLISIS DE UN SUPUESTO PRÁCTICO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS**

Mediante sentencia de fecha 25 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de X, se decretó el divorcio formado por Doña María y Don Diego, y del que nacieron tres hijos (23, 21 y 19 años de edad en la actualidad), acordándose entre otras las siguientes medidas definitivas: *“Pensión de alimentos que abonará el padre a la madre en concepto de pensión de alimentos de 102 euros mensuales para cada uno de ellos (actualización conforme al IPC)”*.

En la actualidad, el primero de los hijos, Don Lucas, se encuentra residiendo con Don Diego.

Por otro lado, la segunda hija del matrimonio, -Doña Lucía-, cuenta en la actualidad con 21 años de edad, y se desconoce si continua residiendo con su progenitora, o lo hace

con su actual pareja, dado que está embarazada. Si bien abandonó sus estudios cuando tenía 17 años, no hay constancia de que esté incorporada en el mercado laboral en la actualidad.

El menor de los hijos, Don Armando, pasó a vivir con su pareja, habiendo finalizado su formación académica tras cursar sus estudios de técnico de ambulancias y habiéndose incorporado al mercado laboral. Se desconoce si en la actualidad continúa trabajando.

La situación económica de Don Diego en la actualidad es la de desempleo, sin que perciba prestación económica alguna. El letrado que va a instar la modificación de medidas es del Turno de Oficio. Don Diego hasta el 5 de noviembre de 2014, estuvo trabajando en la Empresa X, mediante un contrato de formación y aprendizaje.

En primer lugar, como anuncia el supuesto práctico, se trata del Turno de Oficio, por lo que habrá que pedir que se libere de oficio el certificado de empadronamiento de Don Diego, y ver si somos competentes.

Una vez se ha procedido a comprobar que somos competentes, el siguiente paso es requerir la documentación necesaria al representado, cuya finalidad principal será la de aportar tales documentos a la demanda como medios probatorios de lo que en la misma pretende.

La competencia objetiva está atribuida a los Tribunales de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 LOPJ. De igual modo, la competencia territorial, al tratarse de un procedimiento de modificación de medidas de los enumerados en el artículo 748 LEC, será competente el Juzgado del último domicilio conyugal.

La legitimación, tanto activa como pasiva, no presenta mayor problema, pues serán Don Diego (Leg. Activa) y Doña María (Leg. Pasiva), toda vez que se insta la modificación de medidas respecto de las pensiones de alimentos, así pues, en tanto en cuanto los alimentistas se van a ver afectados directamente por la resolución, los mismos deberán ser llamados a juicio, dado que en caso contrario, podría causarles indefensión.

El procedimiento es el verbal, siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador.

En lo relativo al fondo del asunto, se pretende la modificación de la pensión de alimentos, ante la variación sustancial de circunstancias que regula expresamente los arts. 90 y 91 CC. Es decir, la modificación que se pretende viene justificada por la aparición

de nuevas circunstancias, que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la fijación, al no haber acaecido las mismas todavía. En concreto, en el momento de la fijación de las pensiones de alimentos, los hijos eran menores de edad, entre otros factores a tener en cuenta, tales como la posible independización de una de ellas, o la incorporación al mercado laboral de los otros dos, -uno de ellos convive con el padre, y el otro con su actual pareja-, habiendo alcanzado todos ellos en la actualidad la mayoría de edad.

De nuevo, en cuanto al fondo, es preciso atender a lo regulado en el artículo 142 CC, el cual dispone que existe la obligación respecto del descendiente mayor de edad, en orden a los gastos de educación e introducción, cuando el hijo no haya terminado su formación, siempre que ello obedezca a causas no imputables al mismo.

Igualmente, el artículo 152 CC dispone que dicha obligación de prestar alimentos cesará cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiese reducido hasta tal punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

Por lo tanto, el fondo del asunto deberá enfocarse teniendo en cuenta varios puntos fundamentales, que justifican la existencia de alteración sustancial en las circunstancias:

-La situación de desempleo de Don Diego en la actualidad, teniendo una economía precaria, inexistente en el momento de la fijación de las cuantías relativas a las pensiones de alimentos al encontrarse en ese momento trabajando.

-El primero de los hijos, Don Lucas (23 años), reside en la actualidad con su padre, mientras éste continúa abonando la pensión de alimentos.

-La hija, Doña Lucía (21 años), puede que se haya independizado y habiendo creado su propia unidad familiar de forma independiente, viviendo con su pareja en Oviedo, de la que espera un hijo. Hay que tener en cuenta que Doña Lucía abandonó voluntariamente sus estudios.

-Don Armando (19 años), el menor de los tres hermanos, vive en la actualidad con su pareja en Mieres, habiendo acabado su formación académica, y si bien se tenía constancia que hasta hace relativamente poco se encontraba incorporado en el mercado laboral, en la actualidad se desconoce, aunque existen sospechas de que sí.

- Armando, Lucía y Lucas, en el momento de la fijación de las cuantías en concepto de pensiones de alimentos, no habían alcanzado los 18 años de edad.

Habrá que adjuntar a la demanda los siguientes documentos como medios probatorios, y que hagan prosperar la modificaci3n de medidas:

-Documento n 1: copia de la sentencia de divorcio con fecha 25 de febrero de 2009 por la que se acuerda la fijaci3n de la cuant  mensual de 102 euros en concepto de pensi3n de alimentos, entre otros pronunciamientos, para cada uno de los tres hijos del matrimonio.

-Que se oficie a la TGSS, para que por quien corresponda emita Informe de Vida Laboral de Doña Lucía.

-Que se oficie al Excmo. Ayuntamiento de Oviedo para que por quien corresponda se aporte Volante de empadronamiento de Doña Lucía.

-Que se oficie al Excmo. Ayuntamiento de Mieres para por quien corresponda se aporta Volante de Empadronamiento de Don Armando.

-Que se oficie a la TGSS para por quien corresponda emita Informe de Vida Laboral de Don Armando.

-Que se oficie al Servicio Público de Empleo, para por quien corresponda emita informe si se encuentran inscritos en dicho servicio Doña Lucía y Don Armando y en su caso, se emita certificaci3n sobre el cobro actual o anterior de prestaciones de desempleo, subsidio o cualquier otro tipo de percepci3n econ3mica.

-Documento n 2: Certificado de empadronamiento de Don Lucas, el cual prueba que en la actualidad el mismo se encuentra residiendo con su padre.

-Documento n 3: Informe de Vida laboral de Don Lucas, el cual prueba que en la actualidad se encuentra incorporado al mercado laboral.

-Documento n 4: Contrato de trabajo de Don Lucas.

-Documento n  5 a 10:  ltimas n3minas de Don Lucas.

-Documento n 11: Informe de situaci3n de desempleo de Don Diego.

-Documento n 12: Certificado acreditativo de la no percepci3n de prestaci3n alguna emitido por la trabajadora social del Centro Intermunicipal de Servicios Sociales.

-Documento n 13: Copia del último contrato de trabajo de Don Diego.

-Documento n 14: Copia del documento de liquidaci3n y finiquito.

-Documento nº15: Informe de Vida laboral de Don Diego.

En la modificación se pretenderá, a la vista de todo lo anterior, la extinción de las tres pensiones ante la alteración sustancial de las circunstancias que sirve de fundamento para ello, y que en principio, entiendo que habría quedado probado y justificado con los supuestos documentos que se deberían adjuntar, como mínimo.

#### **IV. CONCLUSIONES**

A lo largo de la presente memoria, ha sido imprescindible un mayor y continuo ahondamiento en la interpretación de las normas de la materia en cuestión que ofrece la jurisprudencia, en especial, el Tribunal Supremo.

Ante el inminente crecimiento de las modificaciones de medidas, por las causas que sean, si algo todos ellos tienen en común, es que siempre prima el interés del menor ante todo, si bien si del matrimonio nacieron hijos, y son menores de edad al momento de instarse la modificación de medidas, en cuyo caso, interviene siempre el MF en defensa de aquellos.

No es algo nuevo dicho crecimiento, si tenemos en cuenta que el Poder Judicial ya se pronunció al respecto en su comunicación de fecha 8 de junio de 2015, anunciando que las demandas de disolución matrimonial habían aumentado un 2,3%, así como también los procedimientos de medidas, con un incremento interanual de las contenciosas del 4,1%. Y entre otras causas, esto es lo que ha motivado al legislador a llevar a cabo una reforma en la que rige el principio de intervención mínima, al que ya se ha hecho referencia, sobre todo, en lo que concierne al incumplimiento del régimen de visitas.

Servirá siempre de fundamento, debiéndose justificar absolutamente, el cambio de las circunstancias en cuanto suponga una verdadera alteración circunstancial, como dispone el propio Código Civil, y algo a lo que continuamente se ha hecho referencia en la presente memoria dada su vital importancia. Sin embargo, en muchas ocasiones, lo que las partes entienden que es una alteración sustancial que pueda justificar una modificación de los términos de la anterior sentencia, en realidad tal alteración no es de suficiente entidad como para que prosperen las medidas que se pretenden en la demanda de la parte actora.

Hay que tener en cuenta que en este tipo de procedimientos, el papel del abogado juega un papel fundamental, pues aunque muchas veces se hace imposible, lo pretendido y más adecuado es intentar que las partes lleguen a un acuerdo, siendo lo más beneficioso para las mismas, y sobre todo, más barato. Sin embargo, no son tantos los casos hoy en día en los que las partes firman el convenio regulador, sino que el proceder habitual es tanto el procedimiento contencioso, desatendiendo muchas veces las verdaderas necesidades de los hijos, y sobre todo, los posibles perjuicios a los que aún son menores de edad.

Si algo parece haber claro, es que, como ocurre en tantos otros procedimientos, la mera regulación legal que se pretenda aplicar al caso concreto no bastará, ya que en muchas ocasiones no ofrece una solución suficiente a las partes, y teniendo una interpretación muy subjetiva la presente materia, obliga a los tribunales a resolver al respecto, ante la disparidad de apreciaciones que pudieran haber.

Quizá en las modificaciones de medidas, ante el escabroso trasfondo que subyace en muchas ocasiones, el papel de la fase probatoria juega un papel fundamental, sobre todo, cuando se pretende reducir pensiones, no tanto de alimentos, pero sí de pensiones compensatorias. Y máxime cuando existen menores directamente implicados en el procedimiento.

Respecto al ámbito puramente procesal, aunque la ley parece ser clara a la hora de regular, entre otros, la competencia de este tipo de procedimientos, al final se observa que en la práctica no es así, habiendo conflicto de competencias que desencadenan perjuicios añadidos para las partes.

Y como ya se ha dicho, ante la imperiosa habitualidad de querer modificar lo que se dictó en la sentencia de divorcio o separación, es muy importante conocer qué cuestiones están excluidas, para evitar mayores problemas de los que suelen ser usuales en esta disciplina.

Por todo ello, entiendo que es importante conocer con profundidad la jurisprudencia al respecto, la cual se va adecuando a la coyuntura social en cada momento, pues de otro modo, sería disparatado presentar una demanda únicamente atendiendo a preceptos legales, y como en esta materia, en todas las demás, excepto si las cuestiones están claras, algo que no suele ocurrir en estos procedimientos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

CGPJ. Boletín Informativo Estadística N°31, septiembre 2012. *Estimación del incremento de la carga de los órganos judiciales atribuida a la crisis económica.*

España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Boletín Oficial del Estado, pp. 1125-1238, REF. BOE-A-1996-1069

Ortells Ramos, M. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2000

Pérez Martín, AJ. *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012

Principado de Asturias. Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias. Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 9 de septiembre de 2010, número 209.

## VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 176/2008, de 22 de diciembre de 2008

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Recurso núm. 60/2004, auto 22 de octubre de 2004 (ROJ 12000/2004)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 258/2011, de 25 de abril de 2011 (ROJ 2666/2011)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 451/2011 de 21 de junio de 2011 (ROJ 3985/2011)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 (ROJ 6237/2011)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 633/2012, de 25 de octubre de 2012. (ROJ 6808/2012)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 749/2012, de 4 de diciembre de 2012 (ROJ 8531/2012)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 282/2013 de 17 de junio de 2013 (ROJ 1951/2015)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 90/2014 de 21 de febrero de 2014 (ROJ 655/2014)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 536/2014 de 20 de octubre de 2014. (ROJ 4072/2014)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm.569/2014 de 22 de octubre de 2014 (ROJ 4437/2014)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 580/2014, de 28 de octubre de 2014 (ROJ 4239/2014)

Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 703/2015, de 19 de enero de 2015 (ROJ 427/2015)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 55/2015, de 12 de febrero de 2015 (ROJ 439/2015)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 735/2014, de 2 marzo de 2015 (ROJ 568/2015)

Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2015 (ROJ 1951/2015)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 316/2015, de 2 de junio de 2015 (ROJ 2566/2015)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 621/2015 de 9 de noviembre de 2015. (ROJ 4575/2015)